



**Universidad
Zaragoza**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

El Negacionismo del Holocausto tras la reforma del Código Penal

*Holocaust Denial after the reform of the Penal
Code*

Autora: Gloria Picot Cihuelo

Directora: María Elósegui Itxaso

Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad de
Zaragoza.

2017

El Negacionismo del Holocausto tras la reforma del Código Penal

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CONTENIDO PRINCIPAL DEL TRABAJO.....	12
2.1 Concepto y evolución de negacionismo del Holocausto.....	12
2.2 Diferencia entre discurso de odio y crímenes de odio. Negacionismo como discurso de odio. Pautas y mayores exponentes del Negacionismo.	16
2.3 Antecedentes legislativos. Normas vigentes y respuestas frente a este fenómeno.....	27
2.3.1 Marco internacional y europeo en la lucha contra el negacionismo.....	27
2.3.2 Legislación nacional. Código Penal y su reciente reforma (especial atención en el artículo 510).	30
2.4 Casos judiciales concretos.....	36
2.4.1 Caso Violeta Friedman.....	36
2.4.2 Caso de la Librería Europa.....	38
2.5 Conclusión.....	41
3. REFLEXIÓN PERSONAL	45
4. LISTA BIBLIOGRÁFICA	46
5. LISTA DE ABREVIATURAS	51

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, nos encontramos en un mundo en el que diversas culturas conviven, Estados en los que conviven sus ciudadanos locales junto con personas provenientes de diferentes culturas. Es por ello que la diversidad cultural, en la mayor parte del mundo, sea considerada como un pilar fundamental de la propia humanidad aunque ésta no sea respetada en todos los lugares del mismo modo. Si bien es cierto que, muchos Estados adoptan, afortunadamente, políticas que tienden a proteger ese derecho a respetar a cada persona como igual sin discriminarle por su raza.

La base de esta diversidad cultural viene dada por el derecho a la identidad cultural basada en la existencia de culturas distintas y el respeto de todas ellas en el mismo espacio, especialmente del respeto de cada persona.

En estos términos, podemos hablar ya de multiculturalidad como aquel modelo cultural que comprende la convivencia y reconocimiento de diversas culturas en un territorio concreto, es decir, donde todas esas culturas se respetan entre sí y la tolerancia es la base de ese respeto. Llegados a este punto es cuando veo la necesidad de explicar el concepto de tolerancia ya que la sociedad en sí misma tiende a confundirlo con otras ideas. Es por ello que debe de quedar claro que tolerancia no es permisividad y que, desde ya otras épocas pero más en la actual, ambos términos tienden a entremezclarse dando lugar a su confusión.

Pues bien, la tolerancia es un valor que va de la mano del principio de la dignidad humana como principio inherente en cada persona. Así, la tolerancia se basa en el respeto y aceptación de la diversidad de culturas de nuestro mundo actual, convirtiéndose en una responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo, la democracia y el Estado de derecho.

Además, no hace falta irnos a normativa muy compleja o de carácter internacional para identificar la dignidad humana y, consecuentemente, la tolerancia, como valores fundamentales que, de hecho, se encuentran en la Constitución Española. Tanto es así que en el artículo 10.1 de la misma, se declara que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social».

Del mismo modo, el artículo 20¹ reconoce el derecho a la libertad de expresión e ideológica, derecho sobre el cual se origina un auténtico debate en este punto entre penalistas, constitucionalistas y filósofos puesto que se discute si el derecho de libertad de expresión protege cualquier tipo de discurso, incluidos discursos que muestran un desprecio u odio a otras personas por considerarlas inferiores por su pertenencia a una raza diferente a la de la persona emisora del discurso. Así, la libertad de expresión, bajo ningún concepto, debe significar una libertad de agresión basada en la libertad para insultar, humillar, vejar, difamar o, de inmediato, cualquier forma de acto que implique un grado de discriminación hacia otra persona sólo por el mero hecho de *no ser igual* a quien emite el discurso. Es en estas líneas que en la ya citada Recomendación General nº15 de la ECRI, se reitera que «...la libertad de expresión y de opinión no constituyen derechos ilimitados y que deben ejercerse de forma que no atenten contra los derechos de los demás»; idea que me parece fundamental y que todos debemos resaltar sin llegar nunca a justificar o poder amparar cualquier forma de discurso de odio en otros derechos como son la libertad de expresión e ideológica. El problema podría ser más preocupante, si cabe, en esas situaciones de doble discriminación o discriminación múltiple, es decir, cuando, por ejemplo, una mujer musulmana es discriminada en razón tanto de su raza o religión como de su género. En este trabajo me voy a centrar en el tema racial y la discriminación por origen étnico y, concretamente, en la negación o justificación del Holocausto como posible delito penal según está recogido en el nuevo artículo 510 del Código Penal español tras la reforma de 2015.

¹ Así, según el artículo 20 de la Constitución Española 1. «Se reconocen y protegen los derechos: **a)** A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. **b)** A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. **c)** A la libertad de cátedra. **d)** A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

Sin embargo y pese a todo ello, no podemos eludir hoy en día que la multiculturalidad sea un modelo asentado absolutamente en nuestra sociedad ni que la tolerancia sea precisamente uno de los valores consolidados en la misma. Muestra de ello son los atentados terroristas islámicos del pasado año en París o, sin ir más lejos el discurso poco ético y con signos racistas del actual presidente de Estados Unidos, Donald Trump. Así, surgen en la actualidad partidos políticos de extrema derecha con valores discriminatorios y nada éticos. Tal y como María Elósegui destaca en su artículo «La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI», «los grupos de extrema derecha tienen como finalidad un objetivo racista, de exterminio de personas de color, inmigrantes y homosexuales. En España se han registrado numerosos homicidios por estas causas. El perfil y las características de estos grupos violentos, sus modos de actuación coincide con el de grupos de otros países europeos, como Italia, UK, Bélgica, Austria, Polonia, los países de la ex Yugoslavia, Hungría y Rusia»².

También, deportes como el fútbol, hoy en día, se convierten en espacios de discriminación racial o, como María Elósegui expresa en tal artículo, «el fútbol se convierte en una sede de violencia racista»; pudiendo destacar aquí la agresión del ultra del Betis a un hombre en Bilbao el pasado 27 de Abril para el que la Comisión Antiviolenia³ pide una multa de 9.000 €.

Por lo tanto, estamos ante un fenómeno global que no deja de ser preocupante y que, además, parece haber estado presente en muchos momentos de nuestra Historia debido a que como todos conocemos, ésta nos ha dejado acontecimientos que, precisamente por no respetar esa diversidad cultural como derecho de libre ejercicio, solo podemos calificarlos como verdaderas atrocidades cometidas en los últimos tiempos. Estamos hablando, en este punto, de los mayores exterminios nunca conocidos como el Holocausto nazi, surgiendo tal y como Germán M. Teruel Lozano expresa en su obra *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, «un deber de no olvidar lo ocurrido –al menos en el terreno público–, un deber de reconocimiento

²Véase ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA. «La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI», *Revista de Derecho Político* (01/01/2017). Pág. 260.

³ Esta comisión recibe el nombre de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el deporte. Fue creada por el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el deporte, cuyo objetivo es combatir la violencia en manifestaciones deportivas y, concretamente, en partidos de fútbol.

público y de repudio social». Y es que nos encontramos en, según palabras de María Elósegui Itxaso, «una Europa que en la actualidad debe hacer frente a la diversidad de sus minorías nacionales y de un modelo de integración intercultural de su inmigración pasada y reciente, con profundas cicatrices sin restañar derivadas de la II Guerra Mundial y de la reciente creación de nuevos Estados después de la desmembración de la República Socialista Soviética desde 1989»⁴. Es decir, no podemos permitir olvidar acontecimientos de tal gravedad, aunque, autores como Friedrich Hegel⁵ acierten al decir frases como «la única cosa que podemos aprender de la historia es que ningún pueblo aprende nada de ella».

Por supuesto, he de dejar claro que estos verdaderos crímenes de odio no podemos tratarlos únicamente contemplando su comisión en otros países, sino que en España llevan años cometándose, concretamente desde los años ochenta. Fue a partir de 1990 cuando los tribunales españoles comenzaron a realizar condenas a asociaciones como Hammer Skin y Blood and Honour, gracias a la intervención como acusación particular de la plataforma Movimiento contra la Intolerancia, presidida por Esteban Ibarra⁶.

Frente a la idea de nunca olvidar lo sucedido, aparece un fenómeno denominado «Negacionismo del Holocausto», basado en la negación de la existencia del mismo y la manipulación constante y radical del pasado. Este tema y su tipificación penal será el objeto principal de este presente trabajo de investigación así como las diferencias entre la normativa anterior y el nuevo CP, conducta tipificada como delito en España y, por supuesto, haciendo mención, por último, a los casos más relevantes acerca de este asunto planteados ante órganos jurisdiccionales, la negación o justificación del Holocausto como delito.

Pues bien, mi estudio se dedica a la evolución de este fenómeno como conducta delictiva en España, especialmente, centrándome en las novedades introducidas por el

⁴ *Ibidem*. Págs.257-258.

⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel fue un filósofo alemán considerado como padre del Idealismo Filosófico. Entre sus obras destacan *Fenomenología del espíritu* (1807), *La Constitución de Alemania* (1802) o *Ciencia de la lógica* (1812-1816).

⁶ Véase MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *INFORME RAXEN 2015* (III), «Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos», (asociación presidida y dirigida por Esteban Ibarra).

reciente CP y la modificación de su artículo 510 así como la comparación de ambas regulaciones mediante los cambios introducidos por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁷.

Son varios los motivos que me han conducido a escoger este tema para mi Trabajo de Fin de Grado. El primero de ellos es debido a que tanto la Filosofía del Derecho como el propio Derecho Penal son, las dos ramas que más me llaman la atención dentro de la ciencia jurídica. En segundo lugar, puesto que siento un grato interés por la Historia y considero que significativos acontecimientos como puede ser el Holocausto, han marcado un antes y un después en la misma y que no pueden ser olvidados ni repetidos. Por último y en relación a lo anterior, porque, aunque más tarde en la reflexión personal desarrollaré mi opinión, vistos los pros y los contras, he concluido que las conductas negacionistas del Holocausto deben ser perseguidas y castigadas.

El trabajo que se presenta a continuación, se compone de un primer apartado en el que, a rasgos generales, se explica el concepto y la evolución del negacionismo así como la diferencia entre los conceptos de negación y justificación.

En el segundo punto, se tratarán los conceptos de creación de un clima hostil en su conjunto y, del mismo modo, si la creación de un clima hostil hacia determinados grupos vulnerables debe ser calificada como delito por creación de un clima de odio. Se hará referencia a la distinción entre el discurso y los crímenes de odio. En tercer lugar, abordaré la normativa tanto internacional como nacional que regula este aspecto. En cuarto lugar, también haré mención a casos judiciales concretos de delitos de negacionismo y/o justificación del Holocausto que han llegado a los tribunales en España, haciendo especial hincapié en el caso de la librería Europa y su dueño el neonazi Pedro Varela Geiss. El último punto se basará en una reflexión personal por mi parte aunque, adelantándola parcialmente, mi opinión sigue la línea europea y de la ECRI (Comisión contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa; comisión creada con la finalidad de combatir el racismo, el antisemitismo y la intolerancia, factores que amenazan a la sociedad actual) puesto que estoy a favor de la penalización de las conductas negacionistas no pudiéndose éstas ampararse, de ningún modo, en el derecho a la libertad de expresión. Si bien es cierto que la penalización de las conductas

⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

negacionistas es un tema controvertido ya que muchos constitucionalistas y penalistas españoles no están de acuerdo con la penalización de las mismas. De hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de Noviembre de 2007⁸, declaró inconstitucional el tipo penal de negación y minimización del Holocausto. Según el fallo de esta sentencia, «que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» y «que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la Historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos».

Frente a esta sentencia y, propiamente, a la doctrina de no penalización del negacionismo, numerosos autores son los que la critican. Uno de ellos es María Lidia Suárez Espino, profesora de Derecho de la Información de la Universidad Carlos III de Madrid, que sostiene que «la negación de la existencia del genocidio cometido por el régimen nazi hecha de forma que hace sospechar su utilización abusiva, deformando unos hechos históricos probados para apoyar regímenes totalitarios, choca frontalmente con el honor y la dignidad de las víctimas, límites ambos del derecho a la libertad de expresión. En este punto, merece la pena traer a colación la especial posición que ocupa dentro del texto constitucional español la dignidad humana, a la que el artículo 10 CE considera «fundamento del orden político y de la paz social»⁹. En los mismos términos,

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (235/200) de 7 de Noviembre de 2007, que declaró inconstitucional el artículo 607.2 del Código Penal que tipificaba el negacionismo como conducta delictiva.

⁹ SUAREZ ESPINO, MARÍA LIDIA, «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Abril de 2008. Pág. 6.

la profesora María Elósegui hace referencia en su artículo «La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho europeo»¹⁰, a que el genocidio como tal y la penalización de su justificación actualmente, debe usarse según su concepción jurídica y en aquellos genocidios proclamados como tales por tribunales internacionales.

Por último, mediante el estudio de este tema, quiero demostrar lo importantísimo que es concienciar a la sociedad actual de los errores cometidos en el pasado y de su no repetición a día de hoy puesto que estamos hablando de verdaderas catástrofes mundiales, no naturales, sino provocadas por hombres que un día decidieron cambiar la Historia y marcarla con un acontecimiento extremo y desastroso para la humanidad, en su conjunto, como es el Holocausto nazi.

Por lo tanto, es conveniente tener en cuenta esa labor de reflexión por parte de toda la sociedad y que, a partir de todas las situaciones que estamos viviendo en esta época, podamos rectificar errores que nos han llevado años digerir y saber paliar.

Además, tuve la suerte de asistir el pasado 30 de Marzo al Seminario de análisis de la Recomendación de Política General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio de la ECRI, en la Secretaría General de Inmigración y Emigración organizada por el Observatorio español del Racismo y la Xenofobia, Madrid. En esta conferencia tuve la oportunidad de extraer varios argumentos e ideas acerca del objeto del trabajo ya que asistieron figuras relevantes en este campo como son Esteban Ibarra Blanco, Secretario General del Consejo de Víctimas de Delitos y Discriminación; María Elósegui Itxaso, directora de este trabajo y Vocal experta de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa¹¹; Óscar Vicario García, abogado de Movimiento contra la Intolerancia o José María Muriel que forma parte de la Dirección General de Naciones Unidas y de Derechos Humanos; entre otros.

En la elaboración de este trabajo he utilizado numerosas fuentes ya que he acudido a fuentes de Derecho Internacional de organismos tan relevantes como

¹⁰*Ibidem*. Pág. 332.

¹¹ECRI, este organismo nace contra la lucha del racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia bajo la línea seguida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Naciones Unidas, destacando la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹², el Pacto Internacional de Derechos Civiles¹³ y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴. Del mismo modo, fuentes del Consejo de Europa y, concretamente, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, señalando la Recomendación nº15 relativa a la lucha contra el Discurso de Odio¹⁵ y la Recomendación nº6 para combatir la Discriminación de material racista, xenófobo o antisemita vía Internet¹⁶.

En cuanto a normativa nacional, destacar considerablemente el papel del nuevo CP tras la reforma de 2015 puesto que en torno a él gira el tema principal de este trabajo. Por su parte, también han sido de gran importancia la búsqueda en artículos de Revistas de Derecho, algunas electrónicas, para la realización del mismo; artículos entre los que podemos despuntar «La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI»¹⁷ de María Elósegui Itxaso, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015»¹⁸ de Carmen Alastuey Dobón, «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015»¹⁹ de Samuel Rodríguez Ferrández o «Incitación al odio y género; Algunas reflexiones sobre

¹² Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de NNUU mediante la Resolución 2200 A (XXI).

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de NNUU mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de Diciembre de 1966.

¹⁵ Recomendación de Política General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia –ECRI-, Consejo de Europa).

¹⁶ Recomendación de Política General Nº6 de la ECRI para Combatir la Diseminación de Material Racista, Xenófobo o Antisemita vía Internet.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ ALASTUEY DOBÓN, CARMEN. «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

¹⁹ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, SAMUEL. «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014).

el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista»²⁰ de Víctor Gómez Martín, entre otros.

También me he servido de obras de ilustres juristas en este campo, principalmente, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*²¹ de Germán Teruel Lozano y *Racial Justice, Policies and Courts' Legal Reasoning in Europe*²² de María Elósegui Itxaso. Por último, tanto en la exposición de los casos de Violeta Friedman y de la librería Europa, he utilizado la correspondiente Jurisprudencia de ambos, tanto española como internacional.

²⁰ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. «Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista». *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN-e 1695-0194, N° 18, 2016.

²¹ TERUEL LOZANO, G.M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Ed. Estudios Constitucionales. Madrid, 2014.

²² ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA. *Racial Justice, Policies and Courts' Legal Reasoning in Europe*. Ed. Springer (2017).

2. CONTENIDO PRINCIPAL DEL TRABAJO

2.1 Concepto y evolución de negacionismo del Holocausto.

Según el Memorándum Explicativo de la Recomendación General nº15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio²³, la negación del Holocausto puede definirse como «el acto de negar, cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial».

El primer autor en hacer referencia al negacionismo y utilizar tal expresión fue Henry Rousso, en 1987, historiador francés y uno de los primeros en trabajar en la historia de la memoria colectiva. Si bien es cierto, que los primeros negacionistas del Holocausto vienen a ser, verdaderamente, los propios nazis que intervinieron en él ya que actúan como si nada de ello fuera cierto a la vez que niegan y rechazan toda la Historia que se ha escrito sobre tal hecho histórico, utilizando expresiones, para referirse al mismo, como «misiones especiales de guerra» para referirse a las ejecuciones en masa o «instalaciones especiales» con el fin de aludir a la cámaras de gas.

Fue entre los años 80 y 90 cuando empezó a extenderse el negacionismo como fenómeno, especialmente en Estados Unidos y en Francia; movimiento que, repercutió en muchas universidades e influyó en importantes catedráticos, historiadores y políticos de la época. Estos autores negacionistas intentarán difundir sus ideas por todos los medios posibles, ya sea a través de periódicos y revistas universitarias del mismo modo que aparecen librerías en las que se editan y almacenan obras de carácter negacionista. En este sentido, puede destacarse la librería *La Veille Taupe* situada en París o la librería Europa localizada en Barcelona, cuyo dueño es Pedro Varela Geiss, a la que en apartados siguientes haré mención.

²³Recomendación General nº15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio (versión en español), traducción realizada por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, y revisada por María Elósegui, catedrática de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Zaragoza y por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.

Desde un primer momento, debe quedar claro que el negacionismo nada tiene que ver con el revisionismo, aunque sí que es cierto que, por sus características, puedan entremezclarse ambos conceptos o como Pierre Vidal- Naquet, historiador judío, expresó en su obra *Los asesinos de la memoria*²⁴, «negar la historia no es revisarla». Mientras que el revisionismo histórico supone la reinterpretación y el estudio de los acontecimientos históricos, en este caso del Holocausto, el negacionismo niega que tal acontecimiento ocurriera. Es decir, el Revisionismo Histórico constituye la manipulación, con fines políticos, de un evento histórico y es cuando un hecho histórico se niega, podemos hablar de negacionismo. Concretamente, el revisionismo considera que existe una forma generalmente aceptada para entender un hecho histórico por parte de los historiadores y la sociedad en general, y que pueden darse razones para poner en duda la propia Historia. Además, según María Elósegui, «el negacionismo, se considera una práctica pseudocientífica. Los negacionistas del Holocausto nazi se presentan a sí mismos como historiadores revisionistas. El dato cierto es que, con la excepción de Irving, ninguno de ellos es historiador»²⁵.

Por su parte, los negacionistas del Holocausto, cuestionan o rechazan los asesinatos cometidos contra el pueblo judío y otras minorías bajo el Tercer Reich y los países a los que éste se extendió. Aunque no todas las formas de negacionismo son iguales a la hora de manifestarse pues podemos encontrarnos con diferentes grados. Algunos autores negacionistas niegan absolutamente todos los asesinatos ocurridos y, consecuentemente, la existencia de cámaras de gas. Por el contrario, también hay una serie de negacionistas que no niegan que el Holocausto llegara a ocurrir pero sí afirman que Hitler no era consciente de las ejecuciones que se estaban llevando a cabo. Por tales razones, el negacionismo del Holocausto se presenta como un modelo de discurso del odio.

Sin embargo, algunos negacionistas no se centran en buscar la verdad de la Historia ni tampoco son historiadores, sino que su intención no es otra que exculpar a las personas involucradas en tales hechos históricos, aquellas que fueron partícipes de tales crímenes contra la Humanidad. Éstos se basan en que negando la existencia de

²⁴ Véase VIDAL-NAQUET, PIERRE, *Los Asesinos de la memoria*, 1992, Ed. Siglo XXI, México. Este autor fue un historiador francés y judío que, aunque especializado en la Grecia Antigua, escribió en abundancia en contra del Negacionismo.

²⁵ *Ibidem*. Pág. 274.

dichos acontecimientos, no hay culpables de los mismos y, por lo tanto, nadie debe resultar inculpado y su finalidad es limpiar la imagen de los propios nazis. Por ejemplo, David Irving en sus obras *Hitler's War*²⁶ y *The War's Path*²⁷, trata, constantemente, de exculpar a Hitler de la conocida Solución Final.

Otro de los aspectos sustanciales en este tema, es la diferenciación entre negación y justificación. Hay una gran discusión doctrinal sobre la idea de que quién niega está justificando. Es aquí, cuando vuelve a entrar en materia la discusión de la penalización y no penalización del negacionismo entre académicos, jueces e historiadores; y, consecuentemente, la Sentencia del TC (235/200) de 7 de Noviembre de 2007, que declaró inconstitucional el artículo 607.2 del CP que tipificaba el negacionismo como conducta delictiva. Por una parte, y desde la posición de la clara penalización de este tipo de conductas, la profesora Elósegui en su ya citado artículo, en la página 261, declara que «en el ámbito del Consejo de Europa, la tendencia creciente es animar a los Estados parte a que introduzcan en sus códigos penales una mayor dureza y restricciones de la libertad de expresión cuando está relacionada con el discurso racista o discurso del odio, con intención racista, incluyendo los delitos de negacionismo como parte del discurso del odio»²⁸, pudiendo apreciarse la posición en vistas a penalizar el negacionismo. Por el contrario, autores como la profesora Carmen Alastuey se posicionan, claramente, en el lado opuesto, ya que se decanta por la línea de la STC 235/2007. Así, según ella y en relación a los ya derogados artículos 510.1 y 607.2 del CP y declarando que el nuevo precepto 510 debe ser tomado desde la vertiente de la propia sentencia, declara que «las recientes consideraciones doctrinales y jurisprudenciales relacionadas con las figuras delictivas ahora derogadas tienen muy en cuenta, como no podía ser de otra forma, la doctrina sentada por el TC, fundamentalmente en su célebre sentencia n.º 235/2007, donde resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada a raíz del caso de la Librería Europa. En este fallo el Alto Tribunal declara inconstitucional el inciso del art. 607.2 referido al negacionismo en sentido estricto, al tiempo que ofrece pautas para una interpretación del resto de las modalidades típicas acorde con los postulados constitucionales, como ya es sobradamente conocido. Además, el TC analiza el discurso del odio a la luz del art. 20

²⁶ IRVING, DAVID. *Hitler's War* (1977).

²⁷ IRVING, DAVID. *The War's Path* (1978).

²⁸ *Ibidem*.

CE, por lo que la sentencia también repercutía en la interpretación del antiguo art. 510.1 y debe ser tomada en consideración en la exégesis del actual art. 510»²⁹. Además, según la profesora Alastuey, «estos delitos daban lugar a una considerable anticipación de las barreras de protección penal, por delante del castigo de los actos preparatorios, respecto del cual rige ya el principio de excepcionalidad, sin que se apreciaran motivos que justificaran dicha inusual anticipación de la respuesta penal. Además, tanto uno como otro planteaban serias fricciones con el derecho constitucional a la libertad de expresión»³⁰. A propósito de ello, tampoco Carmen Alastuey se considera a favor de la nueva reforma del Código Penal ya que en su artículo expresa firmemente lo siguiente: «En mi opinión, las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas a lo largo de veinte años al interpretar y aplicar la regulación anterior arrojaban propuestas acertadas que deberían haber servido de punto de partida de cualquier iniciativa de reforma de estos delitos, sin descuidar por ello nuestros compromisos internacionales. Por esa razón, recorriendo el camino que el legislador de 2015 ha decidido no transitar, pretendo en las páginas que siguen examinar algunos aspectos dogmáticos de los nuevos tipos penales desde la óptica de esas argumentaciones, para poner de manifiesto los gravísimos defectos en los que aquellos incurren precisamente por haberlas ignorado»³¹.

Es decir, vemos diferentes puntos de vista entre algunos penalistas y académicos. Sin embargo, esta discusión no es el objetivo principal de mi trabajo.

En resumen, a raíz del surgimiento de este fenómeno conocido como el «Negacionismo del Holocausto», aparecen las primeras normativas europeas que regulan el mismo, penalizándolo, creando un tipo delictivo concreto y aportando posibles respuestas, al igual que en nuestro país con la nueva reforma del Código Penal y su actual artículo 510, siendo esta última la parte del presente Trabajo de Fin de Grado sobre la que va a recaer el grueso de la explicación del mismo y el apartado que, tanto por extensión como por su propio contenido, va a ser el más extenso.

²⁹ *Ibidem*, Pág.8.

³⁰ *Ibidem*, Pág.34.

³¹ *Ibidem*, Pág.5.

2.2 Diferencia entre discurso de odio y crímenes de odio. Negacionismo como discurso de odio. Pautas y mayores exponentes del Negacionismo.

La conceptualización del discurso de odio no es pacífica ya que no existe un concepto de «discurso de odio» como tal. Si bien es cierto que el Consejo de Europa ya desde 1997 viene definiendo el discurso de odio («*Hate speech*»)³² como aquellas formas de expresión que «propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante». Cabe hablar también dentro de este discurso de odio, actualmente y con la extensión y desarrollo de las nuevas tecnologías, del *Ciberodio* como un tipo dentro del propio discurso del odio que tiene su manifestación a través de Internet y las redes sociales. Es importante citar aquí el papel de la Recomendación nº6 de la ECRI para Combatir la Diseminación de Material Racista, Xenófobo o Antisemita vía Internet³³.

Sin embargo, el discurso de odio no es lo mismo que el delito de odio o los conocidos «*Hate Crimes*».

Según Movimiento contra la Intolerancia, el delito de odio va más allá, ya que es todo delito originado por intolerancia en atención a la condición de la víctima. Cabe destacar que esta plataforma trabaja contra la intolerancia desde una perspectiva victimológica, así se afirma en *Materiales Didácticos nº4*³⁴ (contra la discriminación y el delito de odio) de Movimiento contra la Intolerancia que «el daño que produce un delito de odio no solo afecta directamente a la víctima, sino también a su familia, sus amigos, su colectivo de pertenencia, su realidad asociada como a entidades que los apoyan y a toda la sociedad democrática que ve degradada la convivencia generando graves riesgos futuros para la paz».

³²Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa.

³³ Recomendación de Política General Nº6 de la ECRI para Combatir la Diseminación de Material Racista, Xenófobo o Antisemita vía Internet.

³⁴Véase, MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA. *Materiales Didácticos nº4*, «Contra la Discriminación y el Delito de Odio; Solidaridad con la Víctima del Racismo, Xenofobia e Intolerancia».

La OSCE³⁵ en 2003 definió el delito de odio como «toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos»³⁶. Debe quedar claro, además, que el delito de odio no es un delito de sentimiento ya que el sentimiento de odio no se puede medir; según la profesora Elósegui, «en cuanto al ilícito penal no se deriva de una mera conducta, sino que debe causar actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación. Resulta importante destacar que en el momento en que se hablan de actos ya no aparece la palabra odio (aunque aparezca la de hostilidad que es bastante abstracta). A mi juicio, no se utiliza aquí la palabra odio porque el sentimiento de odio no se puede cuantificar, ni medir penalmente. Lo que se miden son sus efectos»³⁷.

Hay muchas formas de intolerancia y, por lo tanto, diversas manifestaciones de este delito de odio que son las siguientes: racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, sexismo, homofobia, antigitanismo, disfobia, aporofobia, cristanofobia, LGTBIfobia³⁸, etc. La base común de todas estas expresiones es la violación del derecho a la diversidad y del respeto al mismo.

Tomando conciencia de la gravedad de este ilícito es cuando la Corte Penal Internacional engloba el delito de odio como un subdelito de los delitos contra la Humanidad o, más conocidos, como crímenes de lesa humanidad. Es decir, estamos verdaderamente ante un tipo de gran compromiso.

³⁵La OSCE es la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa es la organización de carácter regional más importante después de Naciones Unidas y, a su vez, mantiene relaciones con la ONU, la OTAN y el Consejo de Europa. Esta organización se ocupa de facilitar la resolución de los conflictos existentes entre sus Estados Miembros así como centrándose en la rehabilitación postconflicto de los mismos siempre trabajando desde una misión humana, si bien es preciso destacar el índole político de este organismo.

³⁶OSCE, «La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa; publicada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR)». Al. Ujazdowskie 19 • 00-557 Varsovia Polonia.

³⁷ *Ibidem*, Pág. 299.

³⁸ Véase MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Apuntes Cívicos nº6*, «Contra el discurso de odio: La libertad de expresión no es libertad de agresión», Madrid.

De conformidad con el artículo 7 del Estatuto de Roma³⁹, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, se entiende por crimen de lesa humanidad «cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

Hay que destacar que este tipo de crímenes son imprescriptibles, esto es, que nunca pueden dejar de ser perseguidos.

³⁹Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de Julio de 1998.

En conclusión, con la perpetuación de delitos de odio el principio de tolerancia desaparece. Es ahí cuando entra en juego el importantísimo papel de asociaciones u organismos, tanto nacionales como internacionales, que combaten en la lucha de estos derechos. En este caso, voy a profundizar en la ardua labor de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia⁴⁰ así como de la asociación española Movimiento Contra la Intolerancia⁴¹, actualmente presidida por Esteban Ibarra.

En España, la lucha contra los delitos de odio ha sido gestionada desde el Ministerio del Interior⁴² con la finalidad principal de disminuir los riesgos que padecen ciertos colectivos que son más vulnerables, mediante la concienciación tanto a la sociedad como a los medios de comunicación, adoptando una filosofía de tolerancia cero. Además, ya en el año 2015, desde la Secretaría de Estado de Seguridad, fue aprobado el Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación⁴³, a través del cual, se adoptan medidas determinantes de criterios esenciales a documentar en los informes policiales en el momento de la intervención en hechos que puedan configurarse como un «*hate crime*». Este Protocolo también hace alusión a la importancia del papel de organismos como determinadas ONGs ya que dice, expresamente, que «la experiencia ha demostrado que para tratar cuestiones complejas como son los delitos de odio, es altamente recomendable que los cuerpos policiales

⁴⁰Esta Comisión fue creada en 1994 y tiene por objetivo combatir los crecientes problemas del racismo, el antisemitismo y la intolerancia que amenazan los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos; forman parte de ella expertos con amplio recorrido en el campo del racismo y la intolerancia.

⁴¹Movimiento contra la intolerancia es una ONG cuya labor tiene lugar desde 1984 y, especialmente, se basa en el apoyo del multiculturalismo como sistema y la protección a la diversidad y el respeto a los derechos de las minorías. Esta asociación forma parte del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico y de su Red de Centros de Asistencia a Víctimas de Discriminación por Origen Racial o Étnico. Además, cuenta con un servicio de respuestas rápidas a través de internet, disponible las 24 horas el día, contra el terrorismo y otras manifestaciones de intolerancia. También, destaca su labor entre los más jóvenes mediante la realización de jornadas y conferencias así como la edición de materiales didácticos sobre concienciación en las aulas para los más pequeños. Ha creado, asimismo, un foro contra la intolerancia, espacio de debate y análisis de todas las manifestaciones que signifiquen un acto de intolerancia; y también cuenta con la publicación de revistas y documentos como *Informe Raxen* o la revista *Germinal*. En definitiva, una plataforma actual y con grandes recursos en esta lucha contra la discriminación racial y la intolerancia en todas sus formas y expresiones.

⁴²SECRETARÍA DE ESTADO Y DE SEGURIDAD, MINISTERIO DEL INTERIOR. «Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2015).

⁴³BOLETÍN OFICIAL DE LA GUARDIA CIVIL (Miércoles 7 de Enero de 2015). Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación». Pág. 52.

establezcan relaciones con la comunidad y organizaciones como las ONGs de víctimas y de defensa de los derechos humanos, y otras organizaciones representativas de minorías. La comunicación fluida y regular, es una pieza muy eficaz para la prevención y la cooperación de terceras personas. Al mismo tiempo, ayuda a alcanzar las mayores cuotas de confianza por parte de las víctimas a la hora de acudir a la policía para efectuar una denuncia».

En cuanto a la amplia desprotección que sufren las víctimas de los delitos de odio, Movimiento contra la Intolerancia expresa la importancia, «durante todo el proceso de victimización, de la puesta en marcha de protocolos policiales para el trámite de las denuncias, que tengan en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas del odio, la necesidad de dar protección a las mismas durante todo el proceso y las garantías en su denuncia de no proceder a medidas de expulsión en el caso de inmigrantes sin papeles, así como la incorporación de medidas de seguridad y protección, en los mismos protocolos, para testigos y ONG de apoyo a las víctimas, que sufren victimización subsiguiente en el proceso de personación en los procedimientos judiciales»⁴⁴. En este punto, podemos hacer mención al Consejo de Víctimas de Delitos de Odio y Discriminación, iniciativa de Europa creada el 23 de Abril de 2014, surgido por la ayuda de Movimiento contra la Intolerancia. Esta asociación tiene como principales objetivos incidir en la aplicación de la Directiva Europea de Víctimas de Delitos y la Decisión Marco de Derecho Penal frente al Racismo y la Xenofobia; trabajar por una Ley de Protección de Víctimas de Crímenes de Odio; y fomentar una actitud social en cuanto a principios como la tolerancia, igualdad y libertad de los derechos humanos y la dignidad. Este Consejo lleva a cabo su labor mediante la organización de conferencias, eventos, distribución de materiales impresos, iniciativas sociales, culturales, deportivas, etc. Además, a nivel nacional, es preciso señalar también el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, que es el antiguo Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico creado por la Ley 15/2004, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Esta ley crea, además, el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades al que queda adscrito el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica. Este Consejo presta asistencia a las

⁴⁴Véase MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Materiales Didácticos nº4*, Contra la Discriminación el Delito de Odio; Solidaridad con la Víctima del Racismo, Xenofobia e Intolerancia. Pág. 17.

víctimas de discriminación racial o étnica, promueve medidas para la igualdad de trato y elabora una Memoria anual de sus actividades. Es por ello que surge la necesidad de una Ley que proteja a las víctimas de los delitos de odio que les garantice una asistencia jurídica y humanitaria. Una ley que, según Movimiento contra la Intolerancia, se trate de «una Ley distinta a una necesaria Ley de igualdad de trato y no discriminación, al igual que la mujer dispone de una ley de igualdad y dispone de otra ley de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, esta Ley contra los Delitos de Odio acometa el ámbito de lo criminal, muy distinto al discriminatorio»⁴⁵.

Por su parte, en el ámbito internacional hay que hacer referencia al significativo papel que juega la ECRI, es decir, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa que, mediante su Recomendación de Política General nº 15 relativa a la Lucha contra el Discurso de Odio, pese a no ser vinculante, se convierte en una de las bases europeas e internacionales en esta lucha contra el racismo y la xenofobia.

Del mismo modo, existen diversas ONGs en el ámbito europeo relativas a la lucha contra todo tipo de discriminación como son: EDAD Plataforma Europa, Red Europea contra el Racismo (ENAR), Foro Europea de la Discapacidad (EDF), Red Europea de Organismos de Igualdad (EQUINET), Asociación Internacional de Lesbianas y Gays de Europa (ILGA), *Transgender Europe* (TGEU); entre otras.

Entrando en materia, podríamos preguntarnos cómo surge la corriente negacionista del Holocausto y más si cabe, cómo ha podido esta *doctrina* poder llegar a convertirse en un ilícito penal debido a que, al fin y al cabo, conocemos la Historia y los datos que nos llegan de lo acontecido llegando a ser, impensable que haya personas que puedan negar sucesos de tal calibre.

Los hechos históricos y su manipulación, así como la negación y justificación del Holocausto es un tema que genera numerosas controversias en el ámbito penal entre académicos, juristas e historiadores. Lo importante es promover un estudio de la Historia que sea lo más riguroso y científico posible por parte de los historiadores profesionales que, si actúan de buena fe, no están cometiendo delito alguno; al contrario que los negacionistas del Holocausto que, aunque intenten ampararse por el derecho a la

⁴⁵ *Idem.*

libertad de expresión, sí que cometen un hecho delictivo específico. Además, tal y como admite María Elósegui en su artículo, ambas ciencias, Derecho e Historia deben ir de la mano, ya que no debe tomarse «la postura de que el derecho no deba intervenir en materias históricas porque los jueces al valorar hechos y pruebas están haciendo juicios de valor»⁴⁶. Sin embargo, pueden darse ocasiones en las que estas ciencias colisionen «incluso con la condena civil o penal de algunos historiadores profesionales»⁴⁷.

Como ya la mayoría de la sociedad conoce, el término Holocausto viene a referirse a aquel acontecimiento único que tuvo lugar entre 1941 y 1945 en el que ocurrió uno de los mayores genocidios en masa de la etnia judía en la Historia de la Humanidad. Es, por tanto, un episodio histórico de gran trascendencia cuyo único fin fue la desaparición de la población judía por parte de los Nazis. Si bien es cierto que muchos autores hablan de que en este acontecimiento fueron perseguidos y asesinados otros grupos u otras minorías étnicas, el fenómeno del Negacionismo es asociado, principalmente, al Holocausto judío. Uno de estos autores es Emanuela Fronza⁴⁸ quién, en sus obras, habla del negacionismo turco del genocidio armenio. Sin embargo, como Germán Teruel señala en su obra, «a diferencia del negacionismo del Holocausto, que sí que puede ser calificado como un movimiento con unas características y métodos más o menos comunes, en el caso de estos otros discursos negacionistas esto es más difuso»⁴⁹.

La mayoría de los autores coinciden en la idea de que el Negacionismo del Holocausto es la mayor expresión del conocido Revisionismo Histórico y es que fue ya poco después de la Segunda Guerra Mundial cuando algunos de los hechos acontecidos en el Holocausto comenzaron a ser negados por una serie de autores; desde la negación a la existencia del acontecimiento histórico en sí, o la mera existencia de las cámaras de gas, hasta la negación de toda responsabilidad de los dirigentes nazis. Todo ello con la única finalidad de limpiar la imagen de los mismos justificándose en una necesidad

⁴⁶ *Ibidem*, Pág.269.

⁴⁷ *Ibidem*, Pág.266.

⁴⁸ Véase, FRONZA, EMANUELA. *Il negazionismo come reato*: ed. Giuffrè (2012).

⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 65.

política o directamente negando todo aquello que ocurrió y todos los crímenes que fueron cometidos⁵⁰.

Se suele considerar a Paul Rassinier como uno de los primeros negacionistas del Holocausto, quién en 1950 en su libro *Le Mensonge d'Ulysse*⁵¹ cuestiona y niega las declaraciones que hasta ese entonces existían sobre cámaras de aniquilación en Alemania en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial. También pueden citarse como unos de los primeros negacionistas al historiador estadounidense Harry Elmer Barnes, al profesor Einar Aberg o al historiador David Hoggan⁵².

Sin embargo, no es hasta la década de los noventa cuando este movimiento negacionista alcanza su mayor expresión e intentando el resurgimiento del fascismo mediante la negación del pasado, siendo Henry Rousso⁵³ el primer autor en usar el término «Negacionismo del Holocausto» distinguiéndolo del revisionismo histórico. Aunque no todos los objetivos son aquellos, ya que el Holocausto judío es considerado como la mayor muestra de Antisemitismo a lo largo de nuestra Historia o, como muy bien dijo Ken Stern en su obra *El Antisemitismo de Hoy*⁵⁴, «La Negación del Holocausto no tiene por objeto el Holocausto, sino al pueblo judío», frase que, desde mi punto de vista, ayuda a entender el propósito del Holocausto en sí, es decir, configurar el Holocausto como un verdadero atentado no hacia un grupo de personas de una minoría étnica o racial, sino a un todo, a una población que pretendió ser destruida y eliminada del mapa solo por el hecho de ser, según los propios nazis, diferente e inferior.

Y es de lo que vengo a tratar aquí, del derecho a la diversidad configurado como, ya en páginas anteriores me referí, un derecho fundamental relacionado directamente con el principio de la dignidad humana. Sin embargo, para hablar de diversidad, primero debemos hablar del derecho a la igualdad de todos los seres humanos, derecho que implica que todos los seres humanos sean reconocidos como iguales ante la ley y todos

⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 64.

⁵¹ RASSINIER, PAUL. *La mentira de Ulises*. 1950.

⁵² Autor de *El Mito de los Seis Millones* (1969) en el que como el título de la propia obra deja claro, se da al Holocausto la consideración de mito.

⁵³ Véase ROUSSO, HENRY. *Le syndrome de Vichy* (1987).

⁵⁴ S. STERN, KENNETH. *El Antisemitismo de Hoy*, 2006.

los derechos que ésta les confiere; que surge como derecho en la Revolución Francesa de 1789 bajo el lema «*Liberté, égalité, fraternité*».

Llegados a este punto, cabe preguntarse con quién nace el Negacionismo del Holocausto, quiénes son su primeros y principales exponentes.

Germán Teruel, en su obra *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, califica como *negacionistas*, en su sentido más general, «a todas aquellas personas o grupos que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudo-científicas, pretenden la negación o justificación de graves genocidios u otros crímenes contra la humanidad»⁵⁵.

Del mismo modo, define el Negacionismo del Holocausto como «aquel movimiento pseudo-académico que, bajo una apariencia científica, niega o minimiza el hecho histórico del Holocausto nazi, siguiendo normalmente una motivación ideológica»⁵⁶.

Es decir, los negacionistas sostienen que el Holocausto no se produjo, tratando de construir un discurso con el que niegan absolutamente los hechos acontecidos y comprobados por los historiadores contemporáneos. Además, indudablemente, los negacionistas se presentan como un movimiento científico que tiene cabida en el propio revisionismo. Pues bien, podríamos decir que los primeros revisionistas fueron los propios nazis debido a que éstos son los primeros que trataron de esconder los crímenes que cometieron ya que es a partir de julio de 1944 cuando se produce la liberación de los campos de concentración y se destapa la barbarie del Holocausto, comenzando a partir de tal fecha a surgir los primeros golpes negacionistas. Y es que antes de la rendición final, comenzaron a destruirse ya algunas pruebas, concretamente entre 1942 y 1944. Todos los documentos que tenían relación con los exterminios en masa estaban sellados bajo la rúbrica de «altamente confidencial». Así, en 1943, Heinrich Himmler⁵⁷, manifestó en una de las reuniones secretas que tuvo con altos dirigentes nazis, que el exterminio del pueblo judío era un secreto que nunca debía quedar registrado. Éste también ordenó la destrucción de pruebas forenses antes de que el ejército soviético invadiera el territorio ocupado por los nazis.

⁵⁵*Ibidem*. Pág. 65.

⁵⁶*Ibidem*. Pág. 66.

⁵⁷ Himmler fue uno de los principales dirigentes del Partido Nazi y, en nombre de Hitler, fue quién ordenó la construcción de los campos de exterminio.

Pero es a partir de los años ochenta y noventa cuando este fenómeno empieza a propagarse fundamentalmente en Estados Unidos y Francia. En 1955, Willis Carto⁵⁸, funda un partido de extrema derecha en Washington conocido como *Liberty Lobby* cuya finalidad es culpar a los judíos de los problemas que surgen en Estados Unidos y en el resto del Mundo. Este *grupo político* en 1969 publica numerosas obras que niegan el Holocausto. En 1959, el estadounidense Gerald Smith, en su obra, *Cross and the Flag*⁵⁹ manifiesta que durante el Holocausto no fueron asesinados seis millones de judíos, sino que éstos se exiliaron a los Estados Unidos durante la guerra. Del mismo modo, en la década de los 60 y 70, muchos autores comienzan, en sus obras, a negar estos hechos históricos; es el caso de Paul Rassinier en *The Drama of European Jewry*⁶⁰, Harry Elmer Barnes en *Rampart Journal*⁶¹, Austin J. App en *The Six Million Swindle: Blackmailing the German People for Hard Marks with Fabricated Corpses*⁶² o Arthur R. Butz en *The Hoax of the Twentieth Century: The Case Against the Presumed Extermination of European Jewry*⁶³.

No obstante, dentro de los negacionistas destaca especialmente el británico David Irving⁶⁴, escritor, que fue condenado por tribunales austriacos en 2006 a tres años de cárcel por negar el Holocausto, pena que fue mucho menor ya que el Fiscal pedía diez años de cárcel por comentarios en conferencias públicas de Irving como: «en la Segunda Guerra Mundial no hubo cámaras de gas, ni ningún asesinato sistemático de masas organizado por los nacional socialistas» o «los campos de concentración y de exterminio solo son un cuento de hadas y una mentira».

⁵⁸ Fue el fundador del *Institute for Historical Review*, en 1979, organización dedicada a la publicación de obras que promovían la negación del Holocausto.

⁵⁹ SMITH, GERALD. *Cross and the Flag* (1959).

⁶⁰ RASSINIER, PAUL. *The Drama of European Jewry*. Ed. Paperback, 1976.

⁶¹ ELMER BARNES, HARRY. *Rampart Journal*. Ed. Spring, 1966.

⁶² APP, AUSTIN J. *The Six Million Swindle: Blackmailing the German People for Hard Marks with Fabricated Corpses*, 1973.

⁶³ BUTZ, ARTHUR R. *The Hoax of the Twentieth Century: The Case Against the Presumed Extermination of European Jewry*. Ed. Holocaust Books, 1976.

⁶⁴ David Irving publicó la biografía de Hitler en la que exculpa a Hitler de los numerosos asesinatos judíos, obra dividida en dos partes: *Hitler und seine Feldherren* (1975) y *The War Path* (1978).

Es necesario destacar el proceso judicial entre David Irving vs. la editorial inglesa *Penguin Books* y Deborah Lipstadt⁶⁵. Fue el 5 de Septiembre de 1996 cuando Irving demandó, por difamación, a Deborah Lipstadt y *Penguin Books* por la obra de Lipstadt titulada *Denying the Holocaust*⁶⁶ en la que la autora calificaba a David como negador del Holocausto y falsificador de la Historia. Las leyes británicas señalan que la parte acusada debía demostrar que Irving había manipulado y negado tal acontecimiento histórico como el Holocausto y, pese a su dificultad, los abogados de Lipstadt y la editorial hicieron un buen trabajo, haciendo que el Juez otorgara la razón a los mismos. Así, el Juez Charles Gray, en la sentencia⁶⁷, estableció «es mi conclusión que ningún historiador objetivo y sincero puede tener seriamente dudas de que hubo cámaras de gas en Auschwitz y de que se las hizo funcionar para asesinar a cientos de miles de judíos».

En cuanto al caso europeo y, en concreto, en el caso de España, puede apuntarse como el caso más renombrado de nuestro país en este campo, el de la librería Europa y su dueño Pedro Varela Geiss quién se dedicó a la propaganda y edición de revistas y documentos negacionistas desde su negocio.

De esta forma, el Negacionismo del Holocausto se constituye como un hecho global que necesita una respuesta, del mismo modo, mundial. De ahí, que el siguiente punto se centre en la evolución legislativa y de las normas vigentes al respecto tanto a nivel nacional como internacional. Hay que señalar que, en los años 80, comienzan varios tribunales a condenar el odio y la discriminación. Así, en 1981, en Francia, un tribunal condena a Robert Faurisson⁶⁸ por decir que el Holocausto es una mentira histórica. En el 84, un tribunal de Canadá condena a James Keegstra⁶⁹ por apoyar el negacionismo del Holocausto en las escuelas y promover el odio contra minorías.

⁶⁵Deborah Esther Lipstadt, es una historiadora estadounidense y profesora de Judaísmo Moderno y estudios sobre el Holocausto en la Universidad de Emory. Gran conocida también, por su obra *La Negación del Holocausto*.

⁶⁶Véase LIPSTADT, DEBORAH ESTHER. *Denying the Holocaust (Negar el Holocausto: El creciente asalto a la verdad y la memoria)*. Ed. Penguin Books, 1993.

⁶⁷Sentencia de la Sala 14 del Tribunal Supremo del Reino Unido, de 11 de Abril de 2000.

⁶⁸ Robert Faurisson es un profesor francés de literatura especializado en la crítica de documentos y estudiosos del Holocausto. En 1996 es condenado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la redacción de unas cartas enviadas al periódico *Le Monde* y la redacción de un libro con contenidos negacionistas de Holocausto.

⁶⁹ Keegstra, profesor canadiense de educación secundaria, fue condenado por el Tribunal Supremo de Canadá (caso: *R v Keegstra 1990, 3 SCR 697*) por incitar el antisemitismo durante sus clases.

En 1986, el 8 de Julio, es aprobada una ley que penaliza la negación del Holocausto por el Parlamento israelí. Posteriormente, en 1990, es condenado Ahmed Rami⁷⁰ por un tribunal sueco por conductas negacionistas similares. Finalmente, no es hasta el 26 de Enero de 2007, cuando las Naciones Unidas adoptan la resolución que condena el negacionismo del Holocausto, resolución a la que, junto a otras fuentes internacionales, se hará referencia, a continuación, en el siguiente apartado.

En cuanto la incidencia de este fenómeno en España, hay que resaltar la figura de Pedro Varela Geiss, dueño de la librería nazi de Barcelona dedicada a la distribución de material negacionista. Sobre él, dedico el apartado 2.4.2 de este trabajo.

2.3 Antecedentes legislativos. Normas vigentes y respuestas frente a este fenómeno.

2.3.1 Marco internacional y europeo en la lucha contra el negacionismo.

Existen diversos instrumentos que definen y regulan, a su vez, la incitación a la discriminación ya que hay, a su vez, diferentes organismos de los que estos instrumentos emanan, a saber: Naciones Unidas, la Unión Europea y el marco del Consejo de Europa.

En el marco de Naciones Unidas, podemos destacar, en primer lugar, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio⁷¹ de 1948, que impone a los Estados vinculados por ella el castigo de conductas de «instigación directa y pública a cometer genocidio» en su artículo III apartado c), así como aquellos actos preparatorios a cometer tal delito como la tentativa y la complicidad en el genocidio, artículo III apartado d); si bien es cierto que este convenio no se refiere a las conductas negacionistas de dichas conductas delictuales.

⁷⁰ Ahmed Rami es el fundador de Radio Islam, página web que anterior fue una emisora de radio sueca, cerrada en varias ocasiones por contenidos antisemitas.

⁷¹ La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

En este sentido, también es conveniente hacer alusión al Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial⁷² del año 1965 que sanciona conductas de propaganda o difusión de ideas racistas y actos de incitación a la discriminación racial así como a conductas de carácter negacionista.

Por último, en el marco de la ONU hay que hacer mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas⁷³ que, en su artículo 20, dispone que «1. *Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley*; 2. *Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*». En esta línea es lo que expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 2.1 viene a decir que «*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*».

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, puede señalarse el Convenio nº 185 del Consejo de Europa, adoptado por el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2001, relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista y xenófobos cometidos a través de los sistemas informáticos, considerado el primer tratado internacional jurídicamente vinculante en lo referente a la cibercriminalidad. En su artículo 6 penaliza las conductas de «negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad», reconocidos por tribunales internacionales y abarcando, únicamente, a aquellas conductas realizadas a través de medios informáticos.

Secundariamente, creo conveniente resaltar la labor de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y destacar la Recomendación nº15 de

⁷² El Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial fue adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

⁷³ El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 2000 A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de Marzo de 1976 y ratificado por 167 Estados.

Política General sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio⁷⁴, adoptada el 8 de Diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa. Si bien es cierto que esta Recomendación no posee carácter vinculante, ya en su introducción, declara los motivos de la misma, señalando, en lo que al negacionismo respecta, el tercero según el cual, «Recordando, más aún, que de la historia europea nace la obligación de memoria, vigilancia y de combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia, así como los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o los delitos en caso de conflicto armado y la negación, trivialización, justificación o condonación en público de tales actos delictivos». Declarando, también que, el discurso de odio puede adoptar la forma de negación entre muchas otras y definiéndose en la misma la negación del Holocausto como «el acto de negar, cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial». Este instrumento hace referencia a la Recomendación nº7 de política general, de 13 de Diciembre de 2002, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, que recomienda que han de ser delitos penales «la negación pública, trivialización, justificación o condonación, con fines racistas, de los crímenes de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos cometidos en periodos de guerra» así como la Recomendación nº 9 de política general de la ECRI, de 25 de junio de 2004, sobre la lucha contra el antisemitismo, dirigida a conductas de este tipo cuando vayan referidas al Holocausto.

Para finalizar este apartado referente al marco internacional existente en la lucha contra el negacionismo, voy a abordar la incidencia de estas conductas en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según Germán Teruel, el TEDH «se ha enfrentado con respuestas desiguales a casos de revisionismo histórico y de negacionismo y ante la justificación de crímenes de guerra»⁷⁵, aplicando «cuando se trataba de discursos negacionistas del Holocausto... una contundente respuesta guillotinatoria, en la que ha cercenado *ex radice* la protección a este tipo de discurso por

⁷⁴ Traducción al español por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y revisada por María Elósegui, Catedrática de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Zaragoza; miembro Experto de la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa con la colaboración del Observatorio español del Racismo y la Xenofobia.

⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 134.

mor de una severa aplicación del art. 17 CEDH»⁷⁶ y considerándose el Holocausto como un tema *tabú* para este tribunal y como una materia en la que el mismo tiene que trabajar duramente para no caer en el riesgo de sentencias contradictorias dando respuestas iguales a mismos casos concretos.

2.3.2 Legislación nacional. El Código Penal y su reciente reforma (especial atención en el artículo 510).

En este apartado me voy a centrar en la legislación acerca del Negacionismo con la que contamos en nuestro país así como en los cambios acontecidos en la misma y en las novedades introducidas por la última reforma del Código Penal.

En la última reforma, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, toda la anterior regulación da un giro total. La consecuencia directa y general que supone la misma, es la aglomeración de todas estas conductas mencionadas en un tipo único, el artículo 510.

Es el propio Preámbulo de la reforma el que expresa que la razón de la misma surge por la necesidad de adaptar la regulación de nuestro país en esta materia a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; si bien es cierto que esta Decisión no obliga a una transposición exacta de su contenido por parte de los Estados, como se ha llevado a cabo aquí.

Pues bien, esta nueva regulación consta de seis tipos básicos, además de varios tipos agravados. De forma esquemática y resumida, la estructura de este nuevo precepto es la siguiente:

- i. El apartado primero regula tres grupos de conductas: en primer lugar, el fomento, promoción o incitación directa o indirecta públicos al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad; en segundo lugar, la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribución, facilitación del acceso a terceras personas, distribución,

⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 136.

difusión o venta de materiales que por su contenido sean aptos para realizar las conductas descritas en el anterior apartado; y, por último, la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecimiento de sus autores, cuando esos delitos se hubieran cometido contra un grupo o individuos pertenecientes a él por los motivos ya mencionados, cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

- ii. En el segundo apartado, contamos con otros dos grupos de conductas. Primero, todos aquellos actos que lesionen la dignidad de las personas que entrañen humillación, menosprecio o descrédito por motivos discriminatorios, incluyendo también la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de tales conductas. El otro de los tipos corresponde al enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos ya expuestos, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de los mismos. Además, se establece como agravante cuando se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra esos grupos.
- iii. Por su parte, el apartado tercero prevé un tipo agravado cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social que los hagan accesibles a un elevado número de personas.
- iv. A continuación, en virtud del apartado cuarto, si los hechos resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se podrá elevar la pena.
- v. Además, en el apartado quinto se dispone de la posibilidad de una inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre cuando los actos tengan lugar en estos ámbitos.

- vi. Por último, en el apartado sexto se impone como pena accesoria la destrucción de todo tipo de documentos utilizados para todas las conductas delictivas citadas.

No obstante, es opinión de la mayoría de autores que, con esta nueva regulación, el legislador se ha apartado de la jurisprudencia que se venía asentando al respecto. Es decir, parece que el legislador ha hecho caso omiso a todas las interpretaciones formuladas por la doctrina en esta materia optando por legislar totalmente en una línea paralela. Y es que el legislador se ha inspirado en las propuestas del Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona (Miguel Ángel Aguilar García), quién no comparte la regulación restrictiva del antiguo precepto.

Además, muchos autores se han pronunciado al respecto, siendo Carmen Alastuey Dobón, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, quién, en su artículo Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, señala que «...el nuevo precepto acentúa la perspectiva supraindividual de protección de grupos especialmente vulnerables, pese a la acertada mención a las personas individuales miembros del grupo, que habrán de ser consideradas objeto de la acción, pero no sujetos pasivos del delito... Según entiendo, esta tesis puede encontrar apoyo en la referencia a la creación de un <sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo> en el apartado 4 del art. 510, si bien aquí exige un requisito de gravedad que daría lugar a la aplicación del tipo agravado. Pero debe ponerse de relieve que la formulación escogida por el legislador es sumamente defectuosa, pues presenta una connotación subjetiva que debería corregirse. En definitiva, se trata de proteger al grupo, no los sentimientos de sus integrantes. En cualquier caso, la mayoría de las conductas típicas están muy lejos de representar un peligro mínimamente relevante para el mencionado bien jurídico. La respuesta penal se anticipa de manera inaceptable, lo que demuestra una vez más que en los actuales procesos legislativos se ha dejado de atender al principio de intervención mínima»⁷⁷.

Es decir, para muchos autores el legislador español, en esta labor, se ha excedido en lo exigido por la Decisión Marco ya mencionada, debido a que tal y como Samuel Rodríguez Ferrández -profesor de Derecho Penal en la Universidad de Murcia-, en su

⁷⁷ *Ibidem*, Pág.18.

artículo El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015, «...mientras que la norma comunitaria sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia», como vamos a ver, el legislador ha extendido el castigo «a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones intentadas, pueden promover, o incitar indirectamente al odio», a la vez que incluye el concepto de «hostilidad», no exigido por la Decisión Marco. Y, por otro lado, en lo que se refiere a la interpretación del TC sobre el delito de negación del genocidio, *el legislador no respeta el límite trazado por el supremo intérprete de la Constitución, de modo que, «junto a los casos de incitación —directa o indirecta—, amplía la conducta típica»* a supuestos que no serían más que «participaciones impunes en tentativas»⁷⁸. Si bien es cierto, todas estas críticas surgen en torno al ámbito del Derecho Penal en lo referente al delito de odio y, desde mi punto de vista, sin entrar en la naturaleza de esta regulación, creo que aunque el legislador parezca no respetar la normativa comunitaria o, mejor dicho, excederse, éste se centra de lleno en esta regulación, castigando y detallando los tipos delictivos a los que se quiere dirigir, algo que considero de gran importancia en una cuestión que, como ya he podido expresar a lo largo de esta tesis, cada vez es mayor y, como problema, cada vez más preocupante: la discriminación y todo lo que ello conlleva.

Pero, dejando al margen este debate que surge en torno a la intención y la línea seguida por esta nueva regulación, me gustaría centrarme en el propio contenido de la misma.

Por lo tanto, a continuación voy a analizar la evolución de estos preceptos así como las principales diferencias entre la normativa anterior y el nuevo artículo 510. Para ello, debemos remontarnos a la reforma que sufrió el CP en 1995, en la que se regulaba la apología de los delitos de genocidio y la provocación y apología a la discriminación con la agravante de racismo. Mediante la misma, se introduce un nuevo tipo penal en la figura del artículo 137 al ya existente, por aquel entonces, artículo 165 ter, configurándose como el antecedente más inmediato del actual artículo 510.1 y según el cual, «Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen

⁷⁸ SAMUEL RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014); p.168.

racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100. 000 a 1. 000. 000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito». El porqué de esta regulación se basa en el significativo aumento de acontecimientos racistas y xenófobos que tienen lugar en nuestro país en los años noventa y, otra de las causas, es la tipificación de este delito en el caso de Violeta Friedman resuelto en Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 noviembre; caso que, en palabras de Esteban Ibarra en el Seminario del pasado 30 de Marzo al que en la Introducción me he referido, «fue el primer triunfo de la lucha contra el negacionismo».

Son algunas las diferencias que pueden extraerse de la comparación entre ese artículo 165 ter y el 510, principalmente el nuevo tipo delictivo relativo a la difusión de informaciones injuriosas. Del mismo modo, el artículo 510 hace desaparecer otros dos antiguos preceptos, el artículo 607.2 referente al delito de negacionismo y el artículo 578.1 que sancionaba el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

Me remito a páginas anteriores de este trabajo en cuanto a lo relativo al contenido propio del actual artículo 510 del CP y los seis grupos de conductas que éste regula.

En cuanto al bien jurídico protegido por este precepto, podemos hablar como tal del derecho a no ser discriminado. Este bien jurídico protegido⁷⁹ tiene, según la doctrina mayoritaria, un doble fundamento o dimensión, la individual y la colectiva; doctrina que se centra en que los actos discriminatorios no únicamente afectan al sujeto concreto contra el que se dirigen sino que también afectan a las mismas personas que comparten características con ella y forman parte, por así decirlo, de un mismo grupo o, en este caso, minoría. Por el contrario, otros autores sostienen la existencia de más bienes jurídicos protegidos; es el caso de Guillermo Portilla Contreras, en su artículo La ideología del Derecho penal durante el nacional-catolicismo franquista, expresa que «estamos ante un tipo penal pluriobjetivo, que no protege el mismo bien jurídico en todas las conductas descritas. En los casos de participaciones intentadas y de incitación

⁷⁹ DOLZ LAGO, MANUEL-JESÚS (Fiscal del Tribunal Supremo). «Los delitos de odio en el código penal tras la modificación operada por lo 1/2015. Breve referencia a su relación con el delito del art. 173 CP». Pág. 16.

directa e indirecta a la discriminación, se condena la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio (incitación directa) o el peligro del peligro abstracto de la igualdad (fomento, promoción e incitación indirecta). De otra parte, en los casos de incitación a la violencia, se sanciona el peligro que representa para la seguridad del grupo la incitación a la práctica de actos violentos discriminatorios, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad de ese colectivo (...) En cuanto a la incitación al odio, no existe bien jurídico protegido alguno, es tan sólo la excusa para reprimir la libertad de expresión»⁸⁰.

En lo que respecta al tipo objetivo, el artículo 510 prevé dos tipos delictivos; la provocación al odio, violencia o discriminación y, en segundo lugar, las informaciones injuriosas. Es decir, con ello lo que se ha pretendido ha sido unificar los antiguos artículos 510 y 607 del código para adaptarlos tanto a la escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia como a la ya expuesta Decisión Marco.

Surge, entonces, la pregunta de si este nuevo tipo abarca todas las posibles conductas con origen en una discriminación. En lo que al objeto de mi trabajo respecta, trataré de centrarme en la conducta de la negación en general y, si es posible, en la particular forma de negación del Holocausto. En estas líneas, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 235/07, que resuelve el recurso de amparo del caso de la Librería Europa, vino considerando contraria al derecho de libertad de expresión la tipificación de la mera negación del genocidio. Y es este nuevo artículo el que exige que «de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación con los mismos». Según Víctor Gómez Martín, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona, «con ello, se adecúa, en esencia, a lo exigido por la STC 235/2007 y la Decisión Marco de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. En concreto, la STC 235/07 exigió, a tal efecto, que se produzca «con ensalzamiento de los genocidas, descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas» (F.J. 6º) y «que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que

⁸⁰ CONTRERAS PORTILLA, GUILLERMO. «La ideología del Derecho penal durante el nacional-catolicismo franquista», 2008. SBN 978-3-465-04061-3.

nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado» (FJ 8º)⁸¹.

En conclusión, vemos que no es una regulación que ha pasado desapercibida sino al contrario, estamos ante una regulación que ha dado lugar a algunas críticas pero que, pese a ello, en la nueva regulación con la que contamos y a la que debemos, como juristas y ciudadanos, obedecer.

2.4 Casos judiciales concretos.

2.4.1 Caso Violeta Friedman.

Violeta Friedman fue una de las más famosas supervivientes del campo de exterminio nazi de Auschwitz-Birkenau al que fue deportada en 1944 a los catorce años de edad. Después de la Segunda Guerra Mundial vivió en Canadá hasta que decidió viajar a España donde pasó el final de su vida. En 1985, entabló acciones judiciales contra León Degrelle⁸², ex dirigente de la época nazi, quién en la revista *Tiempo* donde negaba el Holocausto mediante declaraciones antisemitas y racistas. No fue hasta el año 1991 cuando el Tribunal Constitucional español consideró que se había vulnerado el derecho al honor de Violeta Friedman. Esa sentencia marcó un antes y un después ya que asentó doctrina constitucional y se convirtió en un gran hito y referente en la legislación penal española.

Me estoy refiriendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, la cual, aborda cuestiones relativas al derecho al honor de la parte actora, Violeta Friedman. Si bien es cierto que los comentarios realizados por Degrelle no aludían directamente a la señora Friedman, según el Tribunal Constitucional ésta tiene interés legítimo para reaccionar ante ellos. Es decir, la primera discusión se centra en si Violeta estaba legitimada para interponer una demanda por lesión al honor siendo que los comentarios de Degrelle se dirigían directamente contra ella con nombre y apellidos. Así, la sentencia, rechazó la ausencia de legitimación de la demandante ya que estimó que «es

⁸¹Véase VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género; Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista»; *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695-0194), p.13.

⁸²León Degrelle fue el fundador del Rexismo, movimiento político de ideología fascista que surge en Bélgica en la primera mitad del s.XX.

claro su interés legítimo» y que el «carácter personalista de la protección constitucional al honor no impone que los ataques o lesiones (...) hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados».

En el Fundamento Jurídico 4º de la sentencia, se establece que «En el caso que nos ocupa... resulta acreditado que la demandante es judía y que, desde la ocupación alemana de su ciudad natal (Marghita, Transilvania), se le impuso la estrella de David, fue sacada de su hogar con toda su familia y conducida con otros ciudadanos judíos a Auschwitz, en donde la misma noche de su llegada fue enviada toda su familia, salvo ella y su hermana, a la cámara de gas. Pues bien, desde su doble condición, de ciudadana de un pueblo como el judío, que sufrió un auténtico genocidio por parte del nacionalsocialismo, y de la de descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela (personas todas ellas que fueron asesinadas en el referido campo de concentración), forzoso se hace concluir que, sin necesidad de apelar aquí a la referida legitimación por sucesión procesal del derecho subjetivo al honor de sus parientes fallecidos (al amparo de los artículos 4.2⁸³ y 5 de la L.O. 1/1982, de protección del derecho al honor), que también cumpliría la recurrente, la invocación del interés que la demandante efectúa en su escrito de demanda en relación con las declaraciones del demandado, negadoras del referido exterminio y atributivas de su invención al pueblo judío, merece ser calificado de *legítimo* a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país, de la que forma parte la recurrente, por lo que, de conformidad también con nuestra doctrina sobre el derecho de tutela, ha de merecer de este Tribunal un examen de la totalidad del fondo del asunto».

En conclusión, esta sentencia viene a hablar de dos aspectos que son clave y creo que es a lo que, principalmente, debemos atender. Por un lado, nos dice que «aquellos comentarios que pongan en duda los acontecimientos de la Historia, aunque sean opiniones tergiversadas, estarán protegidas por la libertad de expresión». Por otro lado, «no estarán protegidos los juicios ofensivos o las expresiones xenófobas, y la incitación

⁸³En virtud de este precepto, «no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento».

racista constituye un atentado al honor tanto de Violeta Friedman como de todas las personas que como ella estuvieron internadas en un campo de concentración»⁸⁴.

2.4.2 Caso de la Librería Europa.

Esta librería se encuentra en Barcelona, siendo su dueño Pedro Varela Geiss. Desde su apertura en 1992, se organizaron en ella conferencias de contenido antisemita y nacionalsocialista. También han sido presentados en ella libros como *Supremacismo judío* de David Duke, una de las figuras negacionistas más importantes; historiador y escritor nacionalista estadounidense que promueve la separación racial entre pueblos y la supremacía de la *raza blanca* por encima de cualquier otra.

La carrera política de Varela Geiss se inicia en 1978 cuando comenzó a presidir el Círculo Español de Amigos de Europa, grupo neonazi catalán convirtiéndose en uno de los grupos neonazis más influyentes de Europa. Esta entidad se especializó en la negación del Holocausto, circunstancia que marcó claramente a la actividad de la librería Europa, la cual se convirtió en la cuna catalana del colectivo nazi pues era el punto de encuentro ocasional de la extrema derecha española de la época.

Debido a ello, en 1996, el Fiscal Jefe de Cataluña intervino la librería ya que la calificó como centro de apología nazi y, aunque, se le confiscaron cerca de 20.900 libros de contenido revisionista, la librería no cerró sus puertas por aquel entonces.

En 1998, es condenado, por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona⁸⁵, a dos años de prisión como autor por un delito continuado de genocidio del antiguo artículo 607.2 del CP. También es condenado a tres años de prisión y una multa durante doce meses con una cuota diaria de 2.000 pesetas, por la comisión del delito tipificado en el artículo 510.1 del CP basado en la provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas. Frente a esta sentencia, se presentó recurso de apelación y, previamente a su resolución, la Sección número 3 de AP de Barcelona el 9 de Junio de 1999, mediante Auto, planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por una probable colisión entre la negación y justificación del Holocausto y a la libertad de expresión, derecho fundamental establecido en el artículo 20.1 de la CE. Sin embargo, esta cuestión de

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, caso *Violeta Friedman*; (Sala Primera del Tribunal Constitucional, magistrado ponente Vicente Gimeno Sendra).

⁸⁵ Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º.3 de Barcelona, de 16 de Noviembre de 1998.

inconstitucionalidad fue inadmitida a trámite por el Tribunal Constitucional pero, más tarde sería admitida ya que la Sección número 3 de la AP de Barcelona, mediante Auto de 14 de Septiembre de 2000, volvió a presentar otra. Esta segunda cuestión de inconstitucionalidad fue estimada parcialmente y, consecuentemente, según el fallo del Auto⁸⁶, se declara «inconstitucional y nula la inclusión de la expresión *nieguen o* en el primer inciso del artículo 607.2 del CP». Además, declara que «no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del CP que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia». Por último, desestima «la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás».

En 2006, la policía registró, de nuevo, la librería y se requisaron 6.000 libros de contenido nacionalsocialista y revisionistas. Posteriormente, se inicia el procedimiento contra Varela Geiss ante la jurisdicción constitucional mediante la STC 235/2007, de 7 de noviembre⁸⁷; sentencia que da lugar a significativas y numerosas críticas. Según la misma, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige». Sin embargo, el TC también declara que el derecho a la libertad de expresión, de ningún modo, es un derecho absoluto. Así, en el FJ 5 de la citada sentencia, excluye de la protección del mismo «las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista y xenófobo». Es por ello que en el Fundamento Jurídico 6 analiza la incompatibilidad del precepto con la libertad de expresión; precepto –artículo 607.2- que comprende tanto la negación como la justificación del Holocausto. En relación a ello, afirma lo siguiente: que «la mera negación de un delito de genocidio no entraría, siquiera, dentro del concepto *discurso del odio*, en tanto que no supone una «incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias»⁸⁸ y, además, «a diferencia de la difusión de ideas que nieguen el genocidio, en su justificación, en la medida en que se trata de la expresión de un juicio de valor, sí es posible apreciar este elemento tendencial que afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona». Es decir, el TC declara inconstitucional el apartado referente a la negación del artículo 607.2 al entender que «la negación del genocidio, en tanto que no enaltezca o incite la

⁸⁶ Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Sección nº3 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Erdogdu e Ince c. Turquía*), de 8 de julio de 1999.

comisión de este delito o revista un carácter vejatorio o insultante, constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión». Sin embargo, en el caso de la *justificación* sí que la considera compatible con el artículo 20.1 de la CE, siempre que suponga incitación indirecta a la comisión de actos de tal carácter, aunque la literalidad de tal precepto no se pronuncie al respecto.

Cabe, por último, destacar que esta sentencia no fue una decisión unánime; cuestión en la que no voy a profundizar.

Ulteriormente, en 2010, es condenado, por un tribunal de Barcelona, a un año y tres meses de prisión, por difusión de ideas genocidas y a un año y seis meses por atentar contra los derechos fundamentales y libertades de la CE. Asimismo, se le confiscan más libros de contenido nazi, un busto de Adolf Hitler, banderas con esvásticas y afiches de propaganda nazi.

Sin embargo, en 2013, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁹ ordena que España deba pagar a Pedro Varela 13.000 Euros porque en el proceso de 1996, éste vio vulnerado su derecho a la defensa así como su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrados en los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En fin, puede demostrarse que su actividad siempre ha supuesto un gran rechazo por parte de los ciudadanos, mostrado en manifestaciones contra la librería, movilizaciones contra sus actos y hasta una campaña para instar su cierre aunque el cierre provisional no se produjo hasta el pasado 19 de Julio de 2016.

Sin embargo, actualmente, Pedro Varela Geiss se encuentra inmerso en una nueva causa judicial y es que el pasado 7 de Julio de 2016, los Mossos d'Esquadra, autorizados por el Juzgado de Instrucción Núm 9 de Barcelona, proyectaron una operación contra los responsables de la Asociación Cultural Ojeda por distribuir libros que fomentan el odio y la discriminación; operación en la que el Juez ordenó el cierre de la librería Europa. Se dictó una orden de detención para Varela Geiss debido a que no se presentó voluntariamente en las instancias policiales. Tras ello, ingresó en prisión unas horas, entregando una fianza de 30.000 €. Actualmente, se encuentra en libertad bajo fianza a la espera del juicio.

⁸⁹Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de Marzo de 2013, Asunto *Varela Geiss c. España*.

Para Jaume Asens, teniente alcalde de Derechos de Ciudadanía, Participación y Transparencia, de la ciudad de Barcelona, la librería «*es un agujero negro de la democracia que atenta a la dignidad, un escondite de la extrema derecha en la ciudad*»⁹⁰.

2.5 Conclusión.

Me parece conveniente comenzar este apartado de *Conclusiones* con una frase de Esteban Ibarra que, en sí misma, tiene mucho sentido y desde que la conocí me marcó, del mismo modo que personalmente me hizo reflexionar; es la siguiente: «La Intolerancia amenaza al mundo, sus manifestaciones atacan la dignidad humana y la convivencia democrática; confiamos que nuestros jóvenes y con ellos, todos juntos, impidamos su avance construyendo una muralla de Tolerancia y Derechos Humanos».

El problema viene cuando la discriminación se convierte en algo cotidiano o, peor aún, cuando muchas personas realizan actos o expresan actitudes discriminatorias sin creer que tienen tal carácter o, simplemente, porque para ellos es una «pequeña broma» o «no es para tanto». Y es que, nunca la discriminación va a estar justificada en nada y, ni mucho menos, en chistes o burlas.

De ahí, lo difícil que es concienciar que algo *habitual* para muchas personas de nuestra sociedad, no es lo correcto y no es sólo que no sea lo correcto sino que es algo que nadie debe plantearse. Por ello, la sensibilización llega a resultar una complicada tarea que, con el aumento del racismo en las últimas décadas, resulta difícil de poder llevar a cabo.

Por todo esto, creo que la esencia de una eficaz concienciación debe ir de la mano de la educación, ya que sin ésta la concienciación no puede obtener sus frutos.

Comenzaría por el estudio desde, desde una educación de la ciudadanía hasta una educación en nociones básicas de Derecho en la rama de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

Con esto quiero decir, que no únicamente la educación debe dejarse en mano de profesores y que ésta solo pueda ser ejercida en el aula, puesto que la educación también debe ser transmitida por parte de los padres ya que la actitud de éstos va a ser determinante en la de los niños que tienden a imitar la conducta de sus padres.

⁹⁰La Vanguardia, 19/07/2016.

Desde las aulas, mi propuesta es sencilla ya que creo que basta con la introducción de actividades que signifiquen un conocimiento de otras culturas; actividades como enseñar a los niños música, tradiciones, cuentos o gastronomía de otras culturas; controlar el lenguaje a la hora de la utilización de palabras despectivas dirigidas a personas de otros países; explicar directamente qué es el racismo y la diversidad; fomentar el aprendizaje de otras lenguas e idiomas, etc. Destaco aquí, una obra que me hizo reflexionar, titulada *Educación contra Auschwitz. Memoria e historia*, cuyo autor es Jean-François Forges, profesor de Historia de un instituto de Lyon, a través de la cual muestra la memoria desde una perspectiva didáctica y pedagógica dejando atrás la perspectiva ética y política; señalo, también, una de la frase de esta obra que más me llamó la atención: Auschwitz ha sido posible. Por lo tanto, Auschwitz es todavía posible. El deber de la memoria intenta rechazar lo más lejos esta imposibilidad⁹¹.

Del mismo modo, la creación de más asociaciones que trabajen en la lucha contra la discriminación podría ser otra buena opción.

En definitiva, apuesto por trabajar desde abajo porque si ponemos todo nuestro empeño en que el racismo quede a un lado y el derecho a la diversidad sea respetado desde un principio, más tarde no será tan complicado y no surgirán tantos casos de discriminación como con los que contamos en la actualidad.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, deberíamos centrarnos en perseguir todos estos objetivos desde una visión, primero humana y social, y cuando ello no pueda ser, recurrir a la tipificación de estos tipos de conductas ya que si tampoco pudiéramos optar por la vía penal, nuestros derechos acabarían viéndose desamparados. Todo juntos, deberíamos trabajar en el que, considero, que es uno de los riesgos más graves que amenazan nuestra democracia, la discriminación por origen racial, pues parece mentira que no hayamos aprendido de nuestra Historia, recordando siempre que respetar no es sinónimo de aceptar, y que estamos hablando de derechos inherentes a la persona que, de ningún modo, deberían ser cuestionados ni vulnerados solo por el mero hecho de serlo.

Por todas estas razones, soy partidaria de la penalización de la negación y la justificación del Holocausto nazi. Además, y como la profesora Elósegui en su artículo señala, opino que debe usarse generalmente el término *genocidio* desde su punto de

⁹¹FRANÇOIS FORGES, JEAN. *Educación contra Auschwitz. Memoria e historia*. Ed. Anthropos (2006).

vista jurídico, siendo únicamente delito la negación y/o justificación de genocidios reconocidos por tribunales internacionales desde el Tribunal Núremberg ya que fue este tribunal quién acuñó el concepto de genocidio⁹². De este modo, no cabe la aplicación de tal delito si no estamos ante hechos que constituyan un genocidio de tales características.

También estoy a favor de que los legisladores europeos de cada uno de los países, deban trabajar tanto en leyes que protejan la memoria histórica así como en normativa de protección a las propias víctimas de este tipo de delitos.

En cuanto a la penalización por parte del legislador español del negacionismo, aunque la actual regulación de la figura del artículo 510 del CP, para muchos, no se ajuste a las exigencias europeas en esta materia, considero que el legislador español sí que ha estado acertado y ha llevado a cabo un buen trabajo puesto que ha emanado una rigurosa y rígida reforma, con la finalidad de unir en un mismo tipo, todas las diferentes respuestas que el ordenamiento español ofrecía a todas las manifestaciones de discurso de odio relevantes penalmente, las cuales, anteriormente, carecían de una buena redacción jurídica. En resumen, nos encontramos con un precepto bastante extenso pero que trata de dar respuesta a las insuficiencias de su precursor.

Pese a ello, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es demasiado escasa y no resulta, en muchas ocasiones, de gran ayuda. Es por ello que creo que es labor de los tribunales la aplicación efectiva tanto del nuevo artículo 510 del CP como de la normativa internacional ya existente, aunque si bien es cierto que los tribunales no pueden actuar hasta que se han cometido unos hechos delictivos. Por ello, reitero la importancia de la educación de la propia sociedad y la censura social previa para, por lo menos, de algún modo evitar sucesivas conductas delictivas con motivos discriminatorios de origen racial y étnico.

En cuanto al debate referente a si estos delitos supone una vulneración del la libertad de expresión, diré que, sí que es verdad que, desde un primer momento, puede entenderse así pero, sin embargo, confirmo que hay que tener en cuenta siempre que ningún derecho es absoluto y que, todos y cada uno de ellos tienen una serie de límites que no se deben sobrepasar. Y es que, observando las consecuencias que el discurso de odio puede originar, no parece razonable admitir su protección por la libertad de expresión como derecho. En este sentido, es el Tribunal Constitucional español en su

⁹²*Ibidem*, Pág.327.

sentencia 235/2007, citada en numerosas ocasiones a lo largo del presente trabajo, quién establece que la libertad de expresión también «encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión».

Del mismo modo, creo conveniente la importancia de señalar que el nuevo tipo penal debe ser analizado acorde al ya citado artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del cual, «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

Estoy de acuerdo con el requisito de la intención racista exigido por la Recomendación nº7 de política general de la ECRI, siendo preciso, además, que la negación, justificación y banalización tienen que ser públicas para ser delictivas puesto que, como ya sabemos, el Derecho Penal actúa cuando los pensamientos se exteriorizan, el pensamiento por sí solo no delinque. En cuanto a esa intención racista, no debe olvidarse lo que la profesora Elósegui señala: «concretamente las legislaciones europeas que prohíben la negación o justificación del Holocausto y de otros genocidios penalizan a personas que son realmente racistas, cuya intención es restaurar en la actualidad el régimen nazi y provocar sentimientos antijudíos en la sociedad contemporánea. Es decir, no sólo se penaliza a quienes los cometieron o cometen actos genocidas, sino a quienes desean que se vuelvan a cometer en la actualidad e incitan a ello por motivos racistas»⁹³.

Por último, como en todo tipo de delitos, son necesarias pruebas ya que sin ellas no hay posibilidad de condena. El caso es que, en muchas ocasiones, es difícil llegar a conseguir pruebas. Por su parte, la policía es quién actúa en primer lugar, dejando constancia de lo ocurrido, del delito y tomando las declaraciones oportunas que le servirán de base a lo largo de la investigación. Por ello, desde este primer momento, considero que el cuerpo policial debe estar preparado para trabajar tanto con las víctimas afectadas como con los testigos existentes. Para lograr una temprana y eficaz respuesta creo que es muy importante la cooperación entre policía y abogados y jueces.

⁹³ *Ibídem*, Págs. 269-270.

Lo difícil en este punto, es que normalmente, estos delitos suelen ser cometidos mediante expresiones o palabras que, si éstas no quedan grabadas de alguna forma, el delito no puede probarse. Sí que algunos autores de delitos de odio pueden llegar a grabar sus conductas para publicarlas posteriormente en redes sociales o en foros, es aquí cuando el problema de la prueba no supone ningún obstáculo ni hace complicada la investigación del autor de los hechos delictivos.

3. REFLEXIÓN PERSONAL

Desde mi punto de vista, la discriminación puede ser sufrida en cualquier momento y en cualquier lugar. Del mismo modo, la puede sufrir cualquier persona. Aunque siempre ha habido discriminación, nadie nace racista.

No creo en la idea en la que se apoyan muchas personas al decir que la discriminación nace porque se le da importancia puesto que es un tema preocupante en nuestra sociedad actual y que debe ser atajado cuanto antes. De hecho, a lo largo de este trabajo han podido conocerse todas las manifestaciones del delito de odio, delito que, según mi opinión, no afecta únicamente a minorías. Sin embargo, debemos ser coherentes y trabajar duramente frente a la discriminación racial tomando medidas efectivas y dejando actuar al Derecho Penal ya que no estamos ante conductas simples sino todo lo contrario, nos encontramos con hechos delictivos muy graves que, desgraciadamente, aumentan considerablemente en la actualidad.

4. LISTA BIBLIOGRÁFICA

ALASTUEY DOBÓN, CARMEN. «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016. (ISSN 1695-0194).

BONET I PÉREZ, JORDI. *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. PPU, Barcelona, 1994.

CRUZ DÍAZ, José y R. RORÍGUEZ PRIETO. *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*. 1.^a ed., Anthropos, Barcelona, 2009.

ELÓSEGUI IXTASO, MARÍA. «La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación n.º 15 de la ECRI». *Revista de Derecho Político* (UNED), nº 98, 2017 (ISSN: 2174-5625). Págs. 251-334.

ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA. *Racial Justice, Policies and Courts' Legal Reasoning in Europe*. Springer, 2017.

FRANÇOIS FORGES, JEAN. *Educación contra Auschwitz. Memoria e historia*. Anthropos, 2006.

FRONZA, EMANUELA. *Il negazionismo come reato*. Giuffrè, 2012.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. «Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista». *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016 (ISSN-e 1695-0194).

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. «Incitación al odio y género; Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista»; *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016 (ISSN 1695-0194).

GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA. «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995». *La Ley: revista jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 3, 1999 (ISSN 0211-2744). Págs. 1839-1852.

GONZÁLEZ CUEVAS, PEDRO CARLOS. «El revisionismo histórico europeo». *Alcores: revista de historia contemporánea*, nº6, 2008 (ISSN 1886-8770). Págs. 277-305.

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, «Contra el discurso de odio: La libertad de expresión no es libertad de agresión», *Apuntes Cívicos* nº6.

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, «Contra la Discriminación y el Delito de Odio; Solidaridad con la Víctima del Racismo, Xenofobia e Intolerancia», *Materiales Didácticos* nº4.

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA; «Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos», *Informe Raxen* 2015 (III).

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal. Propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia*. Comares, Granada, 2001.

LIPSTADT, DEBORAH ESTHER. *Denying the Holocaust (Negar el Holocausto: El creciente asalto a la verdad y la memoria)*, Penguin Books, 1993.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, SAMUEL. «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 12, 2014 (ISSN 1132-9955). Págs. 165-232.

SUAREZ ESPINO, MARÍA LIDIA. «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2008.

TERUEL LOZANO, GERMÁN.M. *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Estudios Constitucionales, Madrid, 2014.

VIDAL-NAQUET, PIERRE, *Los Asesinos de la memoria*, ed. Siglo XXI, México, 1992.

Normativa nacional:

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de Diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2007, págs. 29946 a 29964.

Ley Orgánica 1/2015, de 20 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. BOE núm. 7, de 31 de Marzo de 2015, págs. 27061 a 27176.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14 de Diciembre de 1999, págs. 43088 a 43099.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de Mayo de 1982, págs. 12546 a 12548.

Normativa internacional:

Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico de las personas, tanto en el ámbito del empleo y la ocupación, como en la protección social, los beneficios sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de Julio de 1998.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de Diciembre de 1966.

Recomendación de Política General N°6, de la ECRI, para Combatir la Diseminación de Material Racista, Xenófobo o Antisemita vía Internet.

Recomendación de Política General n°1,5 de la ECRI, relativa a la lucha contra el discurso de odio.

Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa.

Jurisprudencia nacional:

Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Sección n°3 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, caso *Violeta Friedman*; (Sala Primera del Tribunal Constitucional, magistrado ponente Vicente Gimeno Sendra).

Sentencia del Tribunal Constitucional (235/200) de 7 de Noviembre de 2007.

Sentencia del Juzgado de lo Penal n°.3 de Barcelona, de 16 de Noviembre de 1998.

Jurisprudencia internacional:

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Erdogdu e Ince c. Turquía*), de 8 de julio de 1999.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de Marzo de 2013, Asunto *Varela Geiss c. España*.

Fuentes/ Normativa emanadas de otros órganos

SECRETARÍA DE ESTADO Y DE SEGURIDAD, MINISTERIO DEL INTERIOR. «Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2015).

BOLETÍN OFICIAL DE LA GUARDIA CIVIL (Miércoles 7 de Enero de 2015). Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación».

OSCE, «La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa [Publicada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) »]. Al. Ujazdowskie 19 • 00-557 Varsovia Polonia.

Prensa

Periódico *La Vanguardia*, 19/07/2016.

5. LISTA DE ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CDEH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
NNUU	Naciones Unidas
Núm.	Número
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
Pág. / Págs.	Página / Páginas (<i>también pp.</i>)
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
STC	Sentencia